

Jürgen Wohlfarth,
Chef de Service Administratif de la ville de Sarrebruck

Activités économiques des communes

1. Principaux champs d'activités des communes

- Depuis toujours, les **communes** entreprennent des activités économiques sous **différentes formes juridiques**.
- Les **champs essentiels d'activités** concernent les domaines des **transports**, des **infrastructures communales**, de la **promotion économique**, des caisses d'épargne, des logements et de la construction, de la santé, de la culture et de l'organisation.
- En règle générale, l'activité économique vise à **assurer l'existence de la commune**.
- La **sauvegarde de l'existence** comprend l'acquisition et l'entretien d'**infrastructures communales** pour le bien-être de la population.
- La **sauvegarde de l'existence** constitue un **domaine essentiel** dans l'**autonomie communale**.
- La **sauvegarde de l'existence** peut être **obligatoire** ou **volontaire**, selon le cadre juridique en vigueur.

- La sauvegarde **obligatoire** de l'existence est soumise à une **prescription légale** (p. ex. enlèvement des ordures ménagères). Sous un **régime volontaire**, il s'agit en général d'offres supplémentaires (p. ex. hall de sport).

2. Conditions générales d'admission

- Par rapport aux **entrepreneurs privés**, les **activités économiques** de la commune sont considérées comme un acte d'**autorité de l'Etat**, engageant le respect de différentes **lois**.
- Les entreprises et infrastructures **communales** sont soumises à la **réglementation en matière de compétences** en vigueur dans la commune respective. Elles ont exclusivement le droit de s'occuper des « **affaires de la communauté locale** ».
- L'élargissement des fonctions **au-delà** du territoire de la commune est, en principe, possible mais régi par une **loi sur le travail communal en associations**.
- Pour une **activité économique** exercée par une **commune**, il s'applique ce qui suit :
 - L'**utilité publique** de l'entreprise doit être **justifiée**.
 - Par son caractère et son importance, l'**entreprise** doit être en **rapport convenable** avec les **capacités** de la commune et les **besoins** prévisibles.
 - L'objectif **ne peut pas** être atteint d'une **meilleure** façon et de manière plus économique par un **tiers**.
- Le critère du « **but public** » distingue la **commune** des **entreprises concurrentielles purement privées**. Selon la loi communale, l'entreprise économique doit viser à générer un **bénéfice** pour le **budget de la commune**. Une entreprise à **but entièrement lucratif ne remplit pas** le critère de « but public » et n'est pas admise (p. ex. le développement de logiciels par une commune en Inde).
- Le **législateur** suppose irrévocablement le « **but public** » dans les cas ci-après énumérés. Ils sont donc toujours **admis sans aucune vérification** : Institutions des domaines de **l'éducation**, de la santé et du **social**, de la culture, des **sports** et loisirs, de l'enlèvement des **ordures** et de l'évacuation des **eaux usées** ainsi que des institutions servant d'**entreprises auxiliaires** pour la satisfaction des **besoins propres**.

3. Aperçu des formes d'organisations de droit public

- **L'entreprise individuelle** joue un rôle important. Bien qu'elle soit indépendante sur le plan **organisationnel** et **financier**, elle est **dépendante** sur le plan **juridique**.
- **L'entreprise individuelle** est gérée par sa **direction** qui s'occupe de la **gestion courante**. Toute **affaire importante** est soumise soit au **comité de gestion** (constitué des membres du conseil), soit au **conseil communal** lui-même.
- Sur le plan **financier**, l'entreprise individuelle est gérée comme du **capital spécial**, similaire à une **entreprise de droit privé**.
- En tant que **personnes de droit public juridiquement indépendantes**, les **communes** ou associations de communes peuvent créer des associations de droit public au but précis afin de s'acquitter de certaines tâches **en commun**. Les **organes** sont le **président de l'association**, éventuellement un **gérant**, et **l'assemblée de l'association**.
 - A part cela, l'association est gérée **comme une entreprise individuelle**.

4. Aperçu des formes d'organisations de droit privé

Les communes ont le droit de créer des **sociétés à responsabilité limitée** et des **sociétés anonymes** qui opèrent au **niveau du droit civil**.

- Ces sociétés sont **indépendantes sur le plan juridique**. La **constitution de l'entreprise** est basée sur le **droit économique**.
- La loi communale soumet le **libre choix** de la **forme juridique privée** à un bon nombre de **conditions d'ingérence** :
 - Le « **but public** » doit être incorporé comme **objet de l'entreprise** dans le contrat de société.
 - La commune doit avoir une **influence** sur le choix du **personnel dirigeant** la société (gérant, conseil d'administration).

- C'est par ses **organes** que l'entreprise doit être **gérée** dans toutes les affaires **importantes**. Dans une **société à responsabilité limitée**, il y a des directives **explicites** à respecter.
- Les **organes de la société** ont l'obligation de **rendre** continuellement **compte** à la **commune** du développement de l'entreprise.
- L'entreprise est soumise à des **contrôles** réguliers **internes** et **externes**.

5. Le principe de la localité

- Les communes et leurs activités économiques, quelle que soit leur forme juridique, sont limitées aux « **affaires de la communauté locale** » conformément à la constitution. Tout **dépassement** du territoire de la commune doit donc faire l'objet d'une **base juridique spéciale**.

6. L'activité économique des communes sur le plan de la sauvegarde de leur existence

- La **sauvegarde de l'existence** de la commune constitue un **élément essentiel** de l'autonomie communale. Cette **notion n'est** cependant **pas** définie par des lois.
- Une **interprétation au sens restreint** de la notion de la sauvegarde de l'existence met l'Etat en **position de garant** pour la sauvegarde de l'existence individuelle ; **au sens large**, l'**administration globale des prestations** est considérée comme sauvegarde de l'existence.
- **L'augmentation des recettes** comme **objectif exclusif** pour l'amélioration de la situation budgétaire **n'est pas** considérée comme tâche originale de la **sauvegarde de l'existence**.

7. Affaires auxiliaires de l'administration générale

- Des **affaires auxiliaires** de l'administration garantissent sa **capacité fonctionnelle**, essentiellement à l'**intérieur**. Il s'agit donc de satisfaire les **propres besoins** et non de pénétrer sur un marché ou de satisfaire des besoins d'autrui.
- De ce fait, les lois communales **ne définissent pas** le champ d'activités d'entreprises auxiliaires comme activité économique.
- Comme la notion de « **activité économique** » ne s'oriente pas à des **tâches concrètes**, il est permis de remplir les fonctions visant à satisfaire des **besoins propres**, et **également** des **besoins d'autrui**, par la **même** unité d'organisation.

8. Activités annexes et utilisations marginales

- Une **activité annexe** constitue une fonction exercée dans une **mesure restreinte** et en rapport avec une **tâche pertinente** (p. ex. : la mairie fabrique les plaques minéralogiques pour les véhicules).
- Une **utilisation marginale** désigne la mise à disposition de **capacités existantes sous-exploitées** pour la **satisfaction de besoins d'autrui**.
- Dans ce contexte, d'innombrables « **nouveaux champs d'activités** » se sont créés sur tout le territoire de la République Fédérale : télécommunication, bureaux d'études, services de véhicules, tourisme, gestion et entretien de bâtiments, produits d'imprimerie, services de courtage, services de déménagement, jardinage etc.
- Par principe, la **prise du bénéfice** réalisé par le biais des **utilisations marginales** et des **activités annexes** est **admise**. Seul son **plafond** respectif fait l'objet de discussions.
- Il est crucial que l'**objectif public** et le **but lucratif** ne se trouvent pas sur le même niveau de considération. La prise de bénéfice n'est admise qu'au « **second rang** », à condition que l'objectif public **ne se trouve pas** lésé.
- En termes simplifiés, on peut dire : Une **activité principale autorisée** peut être appuyée par un **objectif annexe à but lucratif**.

9. Aspects de la réglementation de la concurrence

- Une discussion juridique importante a été déclenchée sur la question de savoir si une **activité économique non conforme avec les compétences** de la commune donne droit à une revendication d'omission aux **concurrents privés**. Ceci dépend de l'interprétation de la question si des dispositions de droit économique stipulées dans les lois communales sont considérées comme « **tiers protectrice** » ou non. Il n'y a **pas** de point de vue **concordant** à ce sujet.
- Bon nombre de **tribunaux civils** interprètent de tels abus comme **concurrence illicite** et **contraire aux bonnes mœurs**. Basée sur cette interprétation des lois, certaines activités économiques ont été **interdites** aux communes.

10. Nouvelle réglementation des pouvoirs de contrôle communal

- **L'objet de l'entreprise** doit être **clairement désigné** dans le **contrat de société** (p. ex. société à responsabilité limitée) ou dans les **statuts** (p. ex. association ou société anonyme) et s'orienter vers **l'objectif public de façon pérenne**.
- Les **contrats de société et les statuts** doivent être **élaborés de façon** à ce que ce soit p. ex. une **assemblée des associés** (et non la direction) qui décide des questions **de fond**.
- De **telles questions** sont entre autres : création de **nouvelles branches d'activité, fondation** ou **vente** de l'entreprise, acquisition ou vente de l'entreprise, acquisition ou vente de participations, **prise de décisions** sur le plan économique, le bilan annuel, le **résultat**, nomination et relèvement de **gérants** et de **membres du conseil d'administration**, autorisation de contrôle par la commune ou par l'autorité de contrôle des communes auprès du Ministère de l'Intérieur, **publication** du plan économique et financier à la commune.
- La mission confiée par le législateur à la commune ne peut naturellement être réalisée que dans le **cadre de ses possibilités juridiques**, c'est-à-dire en cas de sa **participation majoritaire**. En cas de représentation minoritaire de la commune, celle-ci doit s'engager à **viser** un niveau adéquat.

- En cas de « **participations indirectes** », le législateur exige la présentation de **conditions générales de participation** pour que la commune puisse **donner son accord** pour une participation directe.
- La **vente** d'entreprises et de participations est autorisée exclusivement à condition que la commune puisse s'acquitter de ses tâches **sans entrave**.
- Comme par le passé, la **représentation de la commune dans les organes d'entreprises de droit privé** est assurée par le **maire**. Il a pourtant le droit de nommer un « **représentant spécial** » qui est tenu de se conformer aux directives.
- Le **conseil** peut nommer **d'autres** représentants si cela est stipulé dans le **contrat de société**. Une telle nomination directe nécessite **l'unanimité du conseil** ou, comme **alternative**, un **processus d'élection** en respectant les propositions d'élection.
- La commune peut jouir de **droits de nomination ou de proposition** vis-à-vis des **organes de la société**. Le **droit simple de proposition** peut être exercé par une **simple résolution prise** par le conseil.
- Si la commune a le **droit** de nommer un ou plusieurs **membres de la direction**, la **même procédure** s'applique comme pour la nomination de membres au conseil d'administration.
- **Chaque année**, la commune doit présenter un **rapport** sur les participations indirectes et directes qu'elle détient dans des entreprises de droit privé.
- Chaque **habitant** a le **droit** de **prendre connaissance** du **rapport sur les participations**.
- Les **représentants de la commune** exerçant des mandats dans des entreprises ont l'obligation d'**informer** la **commune** sur toutes les affaires **importantes** de l'entreprise.
- Dans la même optique, le **conseil**, sur demande et résolution prise par au moins un quart de ses membres légalement constitués, a le **droit d'être informé** de « **toutes les affaires** ». Certes, l'obligation et le droit d'information sont uniquement valables s'ils ne sont pas **contraires à la législation en vigueur**.

11. La tâche de garant des communes

- La discussion menée sur la **politique du droit** entre **tâches publiques** et **privées** en matière de **concurrence**, **n'est pas** encore close. La **tâche de garant** assumée par les communes est reconnue comme principe de la sauvegarde de l'existence, mais reste à être définie.
- On entend actuellement par **caractères de performances orientées à l'intérêt général** (à la différence des offres du marché) :
 - Egal accès à tous les habitants, et à des **prix abordables**
 - Continuité** des prestations de service
 - Universalité** des prestations de service (donc pas de différence entre ville et zone rurale)
 - Qualité** adéquate des prestations de service
 - Transparence** des responsabilités pour les prestations de service et possibilités démocratiques d'ingérence (direction, conseil d'administration)
- **L'Union Européenne** distingue entre « **marchés en concurrence** » et « **non-marchés** ». Il faut éviter que les tâches **rapportant des bénéfices** soient réalisées par des **privés** et les tâches **non rentables** par les **communes**.
- Les **critères** pour une **tâche de garant** présentés par les organisations centrales des associations communales sont les suivants :
 - Sécurité** et **fiabilité** de l'approvisionnement
 - Prestation **liée à une direction**
 - Utilisation de ressources naturelles diverses, **limitées sur le plan local**
 - Grande importance de la **protection de l'environnement et de la santé**
 - Prise en compte des **expériences** faites dans le domaine de libéralisation dans **d'autres** pays membres de l'UE

- Les prestations économiques fournies par des **entreprises propres** à la commune ne sont pas remises en question.

12. Le problème particulier des « affaires internes »

- Dans le cas d'affaires internes, il s'agit de la question de savoir si la « **passation d'un marché** » par la commune **elle-même** à une **entreprise communale** ne doit pas, le cas échéant, faire l'objet d'appel d'offres.
- S'il s'agit d'une « affaire interne » conformément aux critères ci-après, l'UE **ne parle pas** de « passation d'un marché » mais seulement de libre « **choix de la forme juridique** » (liberté de choix) :

Une société à **100%** communale **ne pose pas** de problème.

En cas d'**entreprise à économie mixte**, une participation majoritaire ne suffit pas.

La commune doit **diriger** l'entreprise sur le plan juridique et de fait.

La commune doit exercer le **contrôle** sur l'entreprise.

L'entreprise doit travailler **en grande majorité pour la ville même** ou d'autres actionnaires communaux (repère : **80%** à l'intérieur de la ville).